Consiglio di stato, sezione quinta, sentenza n. 1601 del 27 marzo 2015

Varianti progettuali in sede di offerta ex art. 76 del D.lgs. 163/06 – Condizioni di ammissibilità elaborate dalla giurisprudenza – Discrezionalità della commissione di gara

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10099 del 2014, integrato da motivi aggiunti, proposto dalla s.p.a. C.E.M., in persona del legale rappresentante *pro tempore,* e dalla s.r.l. Prisma, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e nella rispettiva qualità di capogruppo mandataria (la prima) e mandante (la seconda) dell'a.t.i. CEM/Prisma, rappresentate e difese dagli avvocati …….., con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato ….. in Roma, viale …….;

contro

Il Comune di Santa Cesarea Terme, in persona del sindaco *pro tempore,* rappresentato e difeso dall'avvocato …….., con domicilio eletto presso lo studio …… in Roma, via ……;

nei confronti di

La s.r.l. Società Idrogeo, in persona del legale rappresentante *pro tempore,* in proprio e quale capogruppo mandataria dell'a.t.i. con la s.r.l. Sub Technical edil service s, rappresentato e difeso dagli avvocati …….., con domicilio eletto presso lo studio …. in Roma, via ……..

per la riforma

della sentenza del T.a.r. per la Puglia – Sede staccata di Lecce - Sezione II, n. 3120 del 18 dicembre 2014.

Visti il ricorso in appello, i motivi aggiunti e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Santa Cesarea Terme e della s.r.l. Idrogeo;
Visto l'appello incidentale proposto dalla s.r.l. Idrogeo;
Viste le memorie difensive depositate dall'appellante (in data 13 febbraio 2015), dall'amministrazione comunale (in data 5 febbraio 2015), e dalla s.r.l. Idrogeo (in data 9 gennaio e 7 febbraio 2015);
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 febbraio 2015 il consigliere Vito Poli e uditi per le parti gli avvocati …….;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'oggetto del presente giudizio è costituito dalla procedura di gara concernente l'acquisizione della progettazione definitiva ed esecutiva nonché l'esecuzione dei lavori di messa in sicurezza delle falesie costiere del comune di Santa Cesarea Terme (cfr. bando in data 21 ottobre 2013).

1.1. La gara – da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa - è stata vinta dall'a.t.i. costituita fra la s.r.l. Idrogeo (capogruppo mandataria) e la s.r.l. Sub Technical edil service (mandante, in prosieguo ditta Idrogeo), che ha conseguito il punteggio complessivo di 90,338 (di cui 70,338 per l'offerta tecnica e 20/20 per l'offerta economica); al secondo posto si è classificata l'a.t.i. costituita fra la s.p.a. C.E.M. (capogruppo mandataria) e la s.r.l. Prisma

(mandante, in prosieguo ditta Cem), che ha conseguito il punteggio complessivo di 80,828 (di cui 62,428 per l'offerta tecnica e 18,5/20 per l'offerta economica).

1.2. La ditta Cem ha proposto al T.a.r. per la Puglia, sede staccata di Lecce, un ricorso, corredato da tre autonomi motivi d'annullamento e dalla domanda di risarcimento del danno, avverso l'aggiudicazione definitiva (cfr. determinazione n. 42 del 16 giugno 2014).

2. L'impugnata sentenza - T.a.r. per la Puglia – sede staccata di Lecce - Sezione II, n. 3120 del 18 dicembre 2014:

a) ha respinto con dovizia di argomenti tutti e tre i motivi posti a sostegno del ricorso di primo grado;

b) ha dichiarato improcedibile il ricorso incidentale proposto dalla ditta Idrogeo;

c) ha compensato fra le parti le spese di lite.

3. Avverso il dispositivo (n. 2951 del 2014) della menzionata sentenza, ha proposto appello cautelare ex art. 119, co. 6, c.p.a. la ditta Cem.

Con decreto presidenziale n. 5721 del 2014, è stata respinta la richiesta di misure monocratiche cautelari provvisorie ed è stata fissata la camera di consiglio del 13 gennaio 2015; in tale sede, su concorde richiesta delle parti, la causa è stata rinviata all'udienza pubblica di discussione del 24 febbraio 2015.

4. Con ricorso per motivi aggiunti (esteso per 70 pagine), ritualmente notificato e depositato (rispettivamente in data 5 e 8 gennaio 2015), la ditta Cem ha interposto appello principale avverso la su menzionata sentenza, criticandone tutte le statuizioni sfavorevoli e prospettando la sussistenza di molteplici vizi.

5. Si sono costituite l'amministrazione comunale e la ditta Idrogeo, deducendo l'infondatezza del gravame in fatto e diritto.

6. La ditta Idrogeo ha proposto appello incidentale, reiterando i motivi posti a sostegno del ricorso incidentale di primo grado, non esaminato dal T.a.r.

7. La causa è stata trattenuta in decisione all'udienza pubblica del 24 febbraio 2015

8. L'appello è infondato e deve essere respinto.

Preliminarmente il Collegio rileva che:

a) è inammissibile l'introduzione, per la prima volta nel giudizio di appello, di doglianze ulteriori rispetto a quelle che, proposte con atti ritualmente notificati, hanno delimitato il perimetro del *thema decidendum* in prime cure; non si può tener conto di tali profili perché sollevati in violazione del divieto dei *nova* sancito dall'art. 104 c.p.a., ed al valore puramente illustrativo delle memorie conclusionali (cfr., *ex plurimis*, Cons. St., sez. V, 13 maggio 2014, n. 2444; sez. V, 22 marzo 2012, n. 1640; Ad. plen., 19 dicembre 1983, n. 26, cui rinvia ai sensi del combinato disposto degli artt. 74, 88, co.2, lett. d), e 120, co. 10, c.p.a.);

b) conseguentemente, per ragioni di comodità espositiva, si prendono in esame direttamente le doglianze poste a base dell'originario ricorso al T.a.r.

8.1. Con il primo motivo dell'originario ricorso di primo grado (pagine 4–8), si sostiene che il progetto presentato dalla ditta Idrogeo, essendo totalmente privo dei calcoli delle strutture e degli impianti, richiesti inderogabilmente dal disciplinare di gara e dall'art. 24, d.P.R. n. 270 del 2010, doveva essere escluso in quanto privo degli elementi essenziali per poter essere qualificato come 'progetto definitivo'.

8.1.1. Il motivo è inammissibile e infondato e deve essere respinto.

8.1.2. Il Collegio rileva, in base a consolidati orientamenti giurisprudenziali (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 30 luglio 2014, n. 16; Ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9; Ad. plen., 30 gennaio 2014, n. 7; Sez. V, 7 luglio 2014, n. 3449; Sez. III, 16 aprile 2014, n. 1928; Sez. V, 26 novembre 2013, n. 5604; Sez. III, 31 luglio 2013, n. 4038; Sez. V, 27 marzo 2013, n. 1813, cui rinvia ai sensi del combinato disposto degli artt. 74, 88, co.2, lett. d), e 120, co. 10, c.p.a.), che:

a) il principio di tassatività delle cause di esclusione sancito dall'art. 46, co. 1-*bis*, del codice dei contratti pubblici esige, ove richiamato in relazione allo scrutinio di offerte tecniche, che le stesse debbano essere escluse solo quando siano a tal punto

carenti degli elementi essenziali da ingenerare una situazione di «*incertezza assoluta sul contenuto …. dell'offerta»;*

b) la valutazione delle offerte – e dunque anche della loro "incertezza assoluta" – nonché l'attribuzione dei punteggi da parte della commissione giudicatrice rientrano nell'ampia discrezionalità tecnica riconosciuta a tale organo, sicché le censure che impingono il merito di tale valutazione (opinabile) sono inammissibili, perché sollecitano il giudice amministrativo ad esercitare un sindacato sostitutorio, al di fuori dei tassativi casi sanciti dall'art. 134 c.p.a., fatto salvo il limite della abnormità della scelta tecnica.

Facendo applicazione dei su esposti principi al caso di specie emerge che:

c) la valutazione dell'organo tecnico non risulta abnorme, in quanto quest'ultimo ha motivato in modo sintetico ma esaustivo sull'ammissibilità dell'offerta e sull'attribuzione dei punteggi ai vari elementi tecnici, senza sconfinare nell'arbitrio e rimanendo nei limiti della opinabilità;

d) le lamentate carenze progettuali sono riferibili, nella sostanza, a migliorie proposte secondo quanto stabilito dal disciplinare di gara e non incidono, pertanto, su elementi essenziali del progetto base.

8.2. Con il secondo motivo dell'originario ricorso di primo grado (pagine 8-14), si lamenta che la ditta Idrogeo doveva essere esclusa perché il progetto presentato era completamente difforme e incoerente rispetto all'offerta economica, in relazione alla quantità di massi necessari a realizzare 5 scogliere (in luogo delle 3 previste dal progetto preliminare posto a base di gara); si sostiene, inoltre, che all'esito di una eventuale riparametrazione dell'offerta economica, la ditta Cem avrebbe dovuto conseguire un miglior punteggio, che l'avrebbe portata a classificarsi al primo posto; infine, si fa richiesta di c.t.u. o verificazione.

8.2.1. Il motivo è inammissibile e infondato e deve essere respinto.

8.2.2. Tutte le censure dedotte:

a) sono inammissibili, perché impingono il merito delle valutazioni dell'organo tecnico e sono basate su congetture;

b) sono altresì infondate, perché si appuntano su migliorie proposte dalla ditta aggiudicataria che giammai avrebbero potuto condurre all'esclusione dell'offerta (come si dirà meglio in prosieguo);

c) sono inaccoglibili nella parte in cui mirano ad affidare al consulente la valutazione di aspetti inerenti il contenuto tecnico delle scelte discrezionali effettuate dal seggio di gara pur non ricorrendo un'ipotesi di giurisdizione di merito; la conseguenza sarebbe l'ingerenza del c.t.u. prima, e del giudice poi, in ambiti che, nei limiti della opinabilità e non abnormità delle relative valutazioni, sono riservati all'amministrazione (cfr. *ex plurimis* e da ultimo Cons. Stato, Sez. V, 13 maggio 2014, n. 2444, relativa alla inammissibilità di una c.t.u. indirizzata a valutare le scelte tecniche rimesse al seggio di gara).

8.3. Con il terzo motivo dell'originario ricorso di primo grado (pagine 14-17), si sostiene che la ditta Idrogeo doveva essere esclusa per avere presentato, in contrasto con la legge di gara, una proposta di miglioria condizionata - consistente nella realizzazione di un ascensore nel vecchio porto in località Archi subordinata all'acquisizione del nulla osta paesaggistico - contrastante con gli strumenti di tutela del territorio (PAI, vincolo archeologico e paesaggistico, Put) e integrante una variante non autorizzata al progetto preliminare.

8.3.1. Il motivo è inammissibile e infondato e deve essere respinto.

8.3.2. In diritto il Collegio osserva, in base a consolidati orientamenti giurisprudenziali (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 16 aprile 2014, n. 1923; Sez. V, 29 marzo 2011, n. 1925, cui rinvia ai sensi del combinato disposto degli artt. 74, 88, co.2, lett. d), e 120, co. 10, c.p.a.), che:

a) la previsione esplicita della possibilità di presentare varianti progettuali in sede di offerta (*a fortiori* per il tipo di gara in contestazione, un appalto di lavori basato sulla

progettazione preliminare), è stata oggi generalizzata dall'art. 76 del codice dei contratti pubblici (per qualsivoglia appalto); l'amministrazione deve indicare, in sede di redazione della *lex specialis*, se le varianti sono ammesse e, in caso affermativo, identificare i loro requisiti minimi;

b) la *ratio* della scelta normativa – nazionale e comunitaria - si basa sulla circostanza che, allorquando il sistema di selezione delle offerte sia basato sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la stazione appaltante ha maggiore discrezionalità e soprattutto sceglie il contraente valutando non solo criteri matematici ma la complessità dell'offerta proposta, sicché nel corso del procedimento di gara potrebbero rendersi necessari degli aggiustamenti rispetto al progetto base elaborato dall'amministrazione; nel caso invece di offerta selezionata col criterio del prezzo più basso, poiché tutte le condizioni tecniche sono predeterminate al momento dell'offerta e non vi è alcuna ragione per modificare l'assetto contrattuale, non è mai ammessa la possibilità di presentare varianti;

c) in ogni caso, a prescindere dalla espressa previsione di varianti progettuali in sede di bando, deve ritenersi insito nella scelta del criterio selettivo dell'offerta economicamente più vantaggiosa che, anche quando il progetto posto a base di gara sia definitivo (mentre nel caso di specie era addirittura preliminare), sia consentito alle imprese di proporre quelle variazioni migliorative rese possibili dal possesso di peculiari conoscenze tecnologiche, purché non si alterino i caratteri essenziali delle prestazioni richieste dalla *lex specialis* onde non ledere la *par condicio*;

d) la giurisprudenza nazionale ha elaborato alcuni criteri guida relativi alle varianti in sede di offerta: I) si ammettono varianti migliorative riguardanti le modalità esecutive dell'opera o del servizio, purché non si traducano in una diversa ideazione dell'oggetto del contratto, che si ponga come del tutto alternativo rispetto a quello voluto dalla p.a.; II) risulta essenziale che la proposta tecnica sia migliorativa rispetto al progetto base, che l'offerente dia contezza delle ragioni che giustificano

l'adattamento proposto e le variazioni alle singole prescrizioni progettuali, che si dia la prova che la variante garantisca l'efficienza del progetto e le esigenze della p.a. sottese alla prescrizione variata; III) viene lasciato un ampio margine di discrezionalità alla commissione giudicatrice, trattandosi dell'ambito di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Facendo applicazione dei su esposti principi al caso di specie, ed esaminando la documentazione esibita in primo grado, emerge che:

e) le censure proposte sono inammissibili nella parte in cui sollecitano, ancora una volta, il giudice amministrativo a sostituirsi, al di fuori dei tassativi casi di giurisdizione di merito sanciti dall'art. 134 c.p.a., alle valutazioni rimesse alla commissione, che costituiscono manifestazione di una ampia discrezionalità tecnica;

f) le censure sono infondate anche in fatto perché:

I) la commissione di gara ha ritenuto (sulla scorta di una opinabile ma legittima valutazione) che il progetto esecutivo dell'aggiudicataria non stravolge le linee fondamentali poste a base di quello preliminare e non presenta mende reali in tema di sicurezza, stabilità e conformità rispetto agli strumenti di tutela del territorio ed ai valori estetici;

II) il disciplinare di gara ha previsto la possibilità di variare il progetto preliminare, accollando all'impresa l'obbligo di acquisire tutte le autorizzazioni necessarie; (pagina 15); le migliorie possono avere ad oggetto modalità esecutive, materiali, forniture, lavorazioni alternative e financo opere aggiuntive, nei limiti delle scelte di fondo sottese al progetto preliminare (pagine 14 e 15);

III) la sanzione per le opere aggiuntive e le migliorie non ammissibili non è la esclusione dell'impresa, bensì la non valutazione (o la ininfluenza) della proposta o dell'opera aggiuntiva.

9. In conclusione l'appello principale deve essere respinto; tanto esime il Collegio dall'esaminare l'appello incidentale subordinato all'accoglimento del primo.

10. Le spese del secondo grado di giudizio, regolamentate secondo l'ordinario criterio della soccombenza, sono liquidate in dispositivo tenuto conto dei parametri stabiliti dal regolamento 10 marzo 2014, n. 55, e dell'art. 26, co. 1, c.p.a. (violazione del dovere di sinteticità in appello).

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

a) respinge l'appello n. 10099 del 2014 e, per l'effetto, conferma l'impugnata sentenza;

b) condanna la società ricorrente a rifondere in favore del comune di Santa Cesarea Terme e della società s.p.a. Idrogeo le spese e gli onorari del presente grado di giudizio, che liquida in euro 5.000,00 (cinquemila/00), oltre accessori di legge (I.V.A., C.P.A. e 15% a titolo di rimborso di spese generali) per ciascuna parte.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno

L'ESTENSORE **IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/03/2015

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)